

Bogotá, D. C.

Al responder por favor citar este número de radicado

URGENTE

ASUNTO: Radicado 00199029-2016
Formas de solicitud de ampliación de la Licencia de Maternidad por expedición de una nueva norma con prerrogativas más favorables para la trabajadora

Respetada Señora

Hemos recibido la comunicación radicada con el número del asunto, proveniente de la Presidencia de la República, mediante la cual Usted se refiere a una consulta acerca de “formas de solicitud de solicitud de ampliación de la Licencia de Maternidad por expedición de una nueva norma con prerrogativas más favorables para la trabajadora”, para cuyos fines, esta Oficina se permite de manera atenta, atender sus interrogantes, mediante las siguientes consideraciones generales:

Inicialmente, se observa oportuno señalar que de acuerdo con la naturaleza y funciones asignadas en el Decreto 4108 de 2011 a la Oficina Asesora Jurídica de este Ministerio, sus pronunciamientos se emiten en forma general y abstracta debido a que sus funcionarios no están facultados para declarar derechos individuales ni definir controversias.

Con respecto a sus inquietudes cabe manifestar que la expedición de una ley y sus efectos entre ellos la fecha desde la cual inicia a regir la misma, están expresamente regulados en la Ley 153 de 1887, “*Por la cual se adiciona y reforma los códigos nacionales, la ley 61 de 1886 y la 57 de 1887*”, norma que determina que una disposición con fuerza de ley iniciará a regir a partir de la fecha de su publicación, la que a pesar de ser de vieja data, se encuentra vigente.

Por ello, la nueva Ley 1822 de 2017, “*Por medio de la cual se incentive la adecuada atención y cuidado de la primera infancia, se modifican los artículo 236 y 239 del Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones*”, que aumenta en cuatro semanas la licencia de maternidad y regula otros aspectos, que fue sancionada el día cuatro (4) de enero de 2017, inicia su vigencia a partir del día cinco (5) de enero del presente año, norma que en su artículo 1, preceptúa la adición de cuatro semanas a la licencia de maternidad, cuando a la letra dice:

“Artículo 1°. El artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo quedará así:

"Artículo 236. Licencia en la época del parto e incentivos para la adecuada atención y cuidado del recién nacido. Toda trabajadora en estado de embarazo tiene derecho a una licencia de dieciocho (18) semanas en la época de parto, remunerada con el salario que devengue al momento de iniciar su licencia.

En el artículo 3 Idem, señala la vigencia y derogatorias de la ley, regulando que la norma en mención regirá a partir de la sanción y de la publicación de la misma, cuando a la letra dice:

Artículo 3°. Vigencias y derogatorias. La presente ley rige a partir de su sanción y publicación, y deroga las disposiciones que le sean contrarias"

Por tanto, a partir del día cinco (5) de enero de 2017, la Ley 1468 de 2011, que en su normatividad establecía el descanso remunerado de catorce semanas se encuentra derogada, sin embargo, como la licencia de maternidad, fue concedida bajo el imperio de la norma anterior, la trabajadora a quien se le concedió catorce semanas de licencia, tendría derecho a cuatro semanas adicionales, en razón a que la misma se ejecuta en forma progresiva y en medio del término inicial, se promulga una Ley más favorable para ella, como es la Ley 1822 de 2017, que amplía la licencia en el término mencionado, englobando todos los aspectos que en su integridad regulaba la ley anterior, en atención a lo normado por la Ley 153 de 1887 que prescribe que la ley posterior prevalece sobre la ley anterior y la insubsistencia de la anterior disposición legal, cuando la nueva se promulga, respectivamente, así como también a los principios de favorabilidad laboral e in dubio pro operario.

Las normas en mención a la letra dicen:

"Artículo 2 - La ley posterior prevalece sobre la ley anterior. En caso de que una ley posterior sea contraria á otra anterior, y ambas preexistentes al hecho que se juzga, se aplicará la ley posterior"

"Artículo 3 - Estímase insubsistente una disposición legal por declaración expresa del legislador, ó por incompatibilidad con disposiciones especiales posteriores, ó por existir una ley nueva que regula íntegramente la materia á que la anterior disposición se refería.

Los principios de favorabilidad laboral y el denominado "in dubio pro operario", se aplican en las situaciones laborales en donde no existe una norma explícita para la situación precisa y hay duda con respecto a la norma aplicable, se elige la más favorable al trabajador, sin que se rompa el equilibrio contractual, pues no hay norma explícita que señale la forma de manejo de la transición entre la norma anterior que concede licencia de maternidad por catorce (14) semanas y la nueva que señala la concesión de dieciocho (18) , para quienes en el momento de expedición de la nueva norma más favorable aún se encuentran en licencia de maternidad, concedida bajo el imperio de la primera norma más restrictiva para la trabajadora.

La H. Corte Constitucional, en Sentencia T-832A/13, Referencia: expediente T- 3970752, Magistrado Ponente, Doctor Luis Ernesto Vargas, Silva, al respecto del principio de favorabilidad laboral y de in dubio pro operario, manifestó:

“... El principio de favorabilidad se aplica en aquellos casos en que surge duda en el operador jurídico sobre cuál es la disposición jurídica aplicable al momento de resolver un asunto sometido a su conocimiento, al encontrar que dos o más textos legislativos vigentes al momento de causarse el derecho, gobiernan la solución del caso concreto. En estos eventos los cánones protectores de los derechos del trabajador y la seguridad social ordenan la elección de la disposición jurídica que mayor provecho otorgue al trabajador, o al afiliado o beneficiario del sistema de seguridad social. El texto legal así escogido debe emplearse respetando el principio de inescindibilidad o conglobamento, es decir, aplicarse de manera íntegra en su relación con la totalidad del cuerpo normativo al que pertenece, sin que sea admisible escisiones o fragmentaciones tomando lo más favorable de las disposiciones en conflicto, o utilizando disposiciones jurídicas contenidas en un régimen normativo distinto al elegido.”

En otro de sus apartes, la Alta Corporación, manifestó:

“Los principios protectores de favorabilidad, in dubio pro operario y condición más beneficiosa como criterios de interpretación en el análisis de casos concretos que involucren la protección del derecho a la seguridad social en los ingresos pensionales

26. El artículo 53 de la Constitución Política contiene los principios protectores mínimos del derecho constitucional al trabajo, los que se dirigen a brindar amparo a la parte más débil de la relación laboral o de la seguridad social, corrigiendo la desigualdad fáctica o el desequilibrio económico que se presenta en dichos escenarios (Art. 13 C.P.). La Constitución garantiza la protección de la situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales del derecho a través de dos principios hermenéuticos íntimamente relacionados entre sí: (i) favorabilidad en sentido estricto e (ii) in dubio pro operario. A su turno, derivado de la prohibición de menoscabo de los derechos de los trabajadores (Art. 53 y 215 C.P.) se desprende (iii) la salvaguarda de las expectativas legítimas mediante la aplicación del criterio de la condición más beneficiosa al trabajador o beneficiario de la seguridad social”

Por tanto, la trabajadora quien se encuentre en licencia de maternidad, concedida bajo el imperio de la norma anterior, podría solicitar a la Empresa Promotora de Salud EPS., la concesión y pago de la licencia de maternidad por dieciocho (18) semanas, por ser la entidad que por mandato de la Ley 100 de 1993, “*Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones*”, tiene la obligación de asumir el riesgo de maternidad.

Sin embargo si la EPS., se niega a conceder la ampliación de la licencia de maternidad, argumentando que la misma fue concedida en su totalidad bajo el imperio de la Ley 1468 de 2011, anterior a la Ley 1822 de 2017, sería la Justicia a la que le correspondería definir la situación, pues a través de sus Autoridades es la única que tiene competencia exclusiva y excluyente para declarar derechos y definir controversias.

Para mayor información, se invita a consultar nuestra página web www.mintrabajo.gov.co, en donde entre otros aspectos de interés, se encuentra tanto la normatividad laboral como los conceptos institucionales, los cuales servirán de guía para solventar sus dudas en esta materia.

La presente consulta se absuelve en los términos del artículo 28 de la Ley 1755 de 2015, en virtud del cual las respuestas no serán de obligatorio cumplimiento o ejecución.

Cordialmente,

[ORIGINAL FIRMADO]

ZULLY EDITH AVILA RODRIGUEZ

Coordinadora de Grupo de Atención de Consultas en materia laboral
de la Oficina Asesora Jurídica

c.c : Dr. Oscar Javier Ortiz Lozano
Asesor Grupo Atención a la Ciudadanía
Asunto: OFI 16-001 166/JMSC 111 102
contacto@presidencia.gov.co

c.c. : Dr. César Almanza Roldán
Asesor Secretaria General
Mintrabajo

Elaboró : Adriana C.
Revisó : Dra. Zully A.
Aprobó : Dra. Zully A.

Ruta Electrónica:/C:\Users\lcalvachi\Documents\2017 CONSULTAS\10-03-2017 Radicados para sistema\Lilia Franco -00199029-2016- Ampliación Licencia maternidad.docx